

#### 4. TÉCNICAS

##### **4.1 FORMULAÇÃO DE REQUERIMENTO DE ANTECIPAÇÃO DOS EFEITOS DA TUTELA: ANÁLISE E COMPREENSÃO DO REQUISITO DA IRREVERSIBILIDADE NO PLANO DAS CONSEQÜÊNCIAS AO DIREITO DO REQUERIDO E TAMBÉM DO REQUERENTE. IRREVERSIBILIDADE FÁTICA E JURÍDICA**

GREGÓRIO ASSAGRA DE ALMEIDA

Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado de Minas Gerais

Diretor do Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional

Mestre em Direito Processual Civil – PUC-SP

Doutor em Direitos Difusos e Coletivos – PUC-SP

Coordenador e membro do corpo docente do Mestrado em Direito da Universidade de Itaúna (MG)

SAMUEL ALVARENGA GONÇALVES

Oficial do Ministério Público do Estado de Minas Gerais

Bacharel em Direito

Um dos temas mais desenvolvidos na processualística atual, sem dúvida, diz respeito às chamadas tutelas de urgência, das quais é espécie a antecipação dos efeitos da tutela final pretendida prevista no art. 273 do CPC.

Na verdade, é imperioso ressaltar que a tutela antecipada no ordenamento jurídico brasileiro pode advir tanto da tutela de urgência quanto da tutela de evidência. A tutela de evidência diz respeito à probabilidade daquilo que se afirma no processo, relaciona-se aos fatos alegados pelas partes; por seu turno, a tutela de urgência refere-se ao perigo ou risco de lesão que os direitos discutidos na lide podem vir a sofrer no caso concreto, diante da situação fática em si.

As situações de evidência e urgência não se contrapõem; antes, convivem harmonicamente e podem, inclusive, complementarem-se em alguns casos. A antecipação de tutela sempre será de evidência, pois um de seus pressupostos é a prova inequívoca da afirmação; mas também poderá ser baseada na urgência, como na hipótese do inciso I do art. 273 do CPC, em que o pedido se baseia em fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação.

Em suma, a tutela antecipada consiste em uma técnica de antecipar aquilo que somente poderia ser obtido ao final, mediante o preenchimento de alguns pressupostos bem como a observância de alguns requisitos. Segundo escreveram Marinoni e Arenhart

(2006, p. 203), a técnica antecipatória visa distribuir o ônus do tempo do processo. Se antes, somente o autor sofria os efeitos da demora na tramitação do feito, agora, o demandado também será atingido com a extemporaneidade da entrega da prestação judicial, especialmente se contra si houver um provimento de caráter antecipatório.

Ao escrever sobre a nova era do processo civil brasileiro, o insigne Dinamarco (2007, p. 65) asseverou sobre o *tempo-inimigo* e os males do retardamento da marcha processual:

A realidade sobre as quais todos esses dispositivos opera é o *tempo como fator de corrosão dos direitos*, à qual se associa o empenho em oferecer meios de combate à força corrosiva do tempo-inimigo (*sic*). Quando compreendermos que tanto as medidas cautelares como as antecipações de tutela se inserem nesse contexto de neutralização dos males de decurso do tempo antes que os direitos hajam sido reconhecidos e satisfeitos, teremos encontrado a chave para nossas dúvidas conceituais e o caminho que há de conduzir à solução dos problemas práticos associados a elas.

Pois bem. Em que pese a vasta gama de ponderações que poderiam ser feitas em relação ao tema, nos presentes comentários iremos abordar exclusivamente o § 2º do art. 273 do CPC no que diz respeito à não- concessão da tutela antecipada quando houver perigo de irreversibilidade do provimento antecipado. Aliás, precisas são as lições de Nery Junior e Nery (2007, p. 529) ao comentarem o equívoco técnico da lei. Segundo explicam, não é o provimento que será irreversível, já que se trata de um ato revogável e provisório. O que poderão ser irreversíveis são as consequências ocorridas com a antecipação dos efeitos da tutela.

O tema é importante justamente porque o requerimento na tutela antecipada deve demonstrar de forma clara a reversibilidade da medida; é, portanto, a partir da boa técnica na formulação do pleito, que o autor poderá ver deferidos a seu favor os efeitos da tutela final pretendida.

Ocorre que, na maioria das ações, os requerentes se preocupam em demonstrar apenas que a medida poderá ser reversível sob a ótica do direito do requerido; todavia, não é essa a melhor interpretação que deve ser feita acerca da matéria. Haverá situações em que a irreversibilidade da medida poderá ocorrer em prejuízo ao direito do próprio autor, que, dada as circunstâncias da demanda, poderá estar a merecer proteção com absoluta prioridade, como no caso de violação ao direito fundamental à vida; pode ocorrer, também, que a irreversibilidade alcance o direito de ambos os litigantes, hipótese em que a solução jurídica ao caso concreto deverá passar pelo crivo da proporcionalidade.

Em outras palavras, não basta a irreversibilidade de eventual lesão ao direito do demandado para que seja obstada a concessão de tutela antecipada. Didier Junior, Braga e Oliveira (2007, p. 543) aduzem que a exigência legal da irreversibilidade deve ser lida com temperamentos, pois uma interpretação por demais ampliada poderá conduzir à própria inutilidade da tutela. Nesse sentido, é válido transcrever o seu entendimento:

Isso porque, em muitos casos, mesmo sendo irreversível a medida antecipatória – ex.: cirurgia em paciente terminal, despoluição de águas fluviais, dentre outros - , o seu deferimento é essencial para que se evite um mal maior para a parte/requerente. Se o seu deferimento é fadado à produção de efeitos irreversíveis para o requerido, o seu indeferimento também implica consequências irreversíveis para o requerente. Nesse contexto, existe, pois, perigo da irreversibilidade decorrente da não-concessão da medida. Não conceder a tutela antecipada para a efetivação do direito à saúde, pode, por exemplo, muita vez, implicar a consequência irreversível da morte do demandante.

Nessa seara, o próprio Superior Tribunal de Justiça, em reiteradas decisões, vem acolhendo a tese de que irreversibilidade da medida não constitui, de *per si*, óbice para o deferimento da tutela antecipada. Preconiza-se, dessa maneira, uma mitigação ao rigorismo do § 2º do art. 273 do CPC:

PROCESSO CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULAS N. 282 e 356 do STF. ANTECIPAÇÃO DE TUTELA. INTELIGÊNCIA DO ART. 273, § 2º, DO CPC. 1. O prequestionamento dos dispositivos legais tidos como violados constitui requisito indispensável à admissibilidade do recurso especial. Incidência das Súmulas n. 282 e 356 do Supremo Tribunal Federal. 2. *O possível risco de irreversibilidade dos efeitos do provimento da antecipação da tutela contida no art. 273, § 2º, do CPC não pode ser interpretado ao extremo, sob pena de tornar inviável o direito do reivindicante.* 3. Agravo regimental que se nega provimento. (BRASIL, 2005, grifo nosso).

ANTECIPAÇÃO DE TUTELA. Tratamento médico. Atropelamento. Irreversibilidade do provimento. *A regra*

*do § 2º do art. 273 do CPC não impede o deferimento da antecipação da tutela quando a falta do imediato atendimento médico causará ao lesado dano também irreparável, ainda que exista o perigo da irreversibilidade do provimento antecipado. Recurso não conhecido. (BRASIL, 2002, grifo nosso).*

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. TUTELA ANTECIPATÓRIA. DIREITOS PATRIMONIAIS. CONCESSÃO: POSSIBILIDADE. INTELIGÊNCIA DO ART. 273 DO CPC. RECURSO NÃO CONHECIDO.

I - A Tutela Antecipatória prevista no art. 273 do CPC pode ser concedida em causas envolvendo direitos patrimoniais ou não-patrimoniais, pois o aludido dispositivo não restringiu o alcance do novel instituto, pelo que é vedado ao interprete fazê-lo. nada obsta, por outro lado, que a tutela antecipatória seja concedida nas ações movidas contra as pessoas jurídicas de direito publico interno. II - *A exigência da irreversibilidade insere no par. 2. do art. 273 do CPC não pode ser levada ao extremo, sob pena de o novel instituto da tutela antecipatória não cumprir a excelsa missão a que se destina.* III - Recurso Especial não conhecido. (BRASIL, 1997, grifo nosso).

De acordo com os arestos citados acima, caberá ao autor, na formulação de seu requerimento de antecipação de tutela, expor de forma clara que a irreversibilidade da lesão gerada também poderá ser em relação ao seu direito, justamente diante da não-concessão da medida. Por exemplo, ao se pleitear, de forma antecipada, a realização de um transplante de órgão, caso o autor venha a perder a demanda, certamente a medida deferida não poderá ser desfeita em relação ao demandado vitorioso; todavia, no confronto de valores, o não-deferimento da tutela antecipada também seria irreversível ao próprio demandante, uma vez que fatalmente ele poderia perder a vida caso a cirurgia não fosse realizada naquele instante.

Em termos mais claros: há situações em que a não-concessão da tutela antecipada é muito mais prejudicial do que a sua concessão, notadamente porque, como veremos ao final, quase sempre poderá haver a transmutação da obrigação específica em perdas e danos, caso o favorecido pela tutela perca a demanda e não seja possível restaurar o cenário ao seu *status quo ante*.

Nessa seara, citamos o magistério de Moreira (2007, p. 87), ao justificar a análise da irreversibilidade na ótica do direito do requerente:

Exclui-se, a princípio, a possibilidade da antecipação quando houver perigo de mostrar-se irreversível a

situação resultante da decisão antecipatória; mas é forte a tendência a atenuar, em casos graves, o rigor da proibição, sobretudo quando se afigurar também irreversível o dano a ser sofrido pela parte interessada, se não se antecipar a tutela.

Logo, apenas uma visão sistêmica e harmônica do caso concreto é que, de fato, irá determinar a viabilidade ou não da concessão da tutela antecipada. Em um confronto de interesses igualmente protegidos pela ordem jurídico-constitucional, deverá prevalecer o de maior relevância, conforme apurado na técnica da ponderação. Nesse sentido, foi o voto do eminente Ministro Herman Benjamin:

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL. ANTECIPAÇÃO DE TUTELA. INTELIGÊNCIA DO ART. 273, § 2º, DO CPC. PRECEDENTES. 1. O perigo de irreversibilidade do provimento adiantado, óbice legal à concessão da antecipação da tutela, nos termos do artigo 273, § 2º, do CPC, deve ser interpretado *cum grano salis*, sob pena de se inviabilizar o instituto. 2. Irreversibilidade é um conceito relativo, que deve ser apreciado *ad hoc* e de forma contextual, levando em conta, dentre outros fatores, o valor atribuído pelo ordenamento constitucional e legal aos bens jurídicos em confronto e também o caráter irreversível, já não do que o juiz dá, mas do que se deixa de dar, ou seja, a irreversibilidade da ofensa que se pretende evitar ou mesmo da ausência de intervenção judicial de amparo. 3. Agravo Regimental não provido. (BRASIL, 2006).

Por fim, Nery Junior e Nery (2007, p. 529) trazem também a diferença entre irreversibilidade de fato e de direito: quando ela for de fato, haverá real perigo de irreversibilidade ao estado anterior, situação em que a medida não poderá ser deferida. Mas quando houver irreversibilidade de direito, ou seja, quando a obrigação prestada antecipada puder resolver-se em perdas e danos, a tutela poderá, em tese, ser deferida, sem que com isso haja violação ao devido processo legal, seja na sua dimensão formal, seja na sua dimensão substancial.

## **Conclusão**

Quando da formulação de requerimento de antecipação dos efeitos da tutela final pretendida, em relação à condição da reversibilidade da medida, o requerente deverá analisá-la não apenas sob a ótica da situação jurídica do requerido, mas também em relação à sua própria esfera de direitos, uma vez que existem situações de tamanha

gravidade em que a não-concessão da antecipação pleiteada tornará inócuos os fins da jurisdição e poderá produzir um dano bem maior ao requerente do que em relação ao requerido.

Além disso, havendo confronto de interesses, o juiz deverá analisar criteriosamente qual dos valores deverá prevalecer no caso concreto: o social em sobreposição ao meramente privado; o direito fundamental e a dignidade da pessoa humana em relação ao de expressão meramente econômica *etc.* E por último, a irreversibilidade jurídica permite a concessão da tutela antecipada, já que a obrigação prestada em caráter antecipado poderá resolver-se em perdas e danos.

### Referências Bibliográficas

MOREIRA, José Carlos Barbosa. *O novo processo civil brasileiro*: exposição sistemática do procedimento. 25. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 144656/ES. Relator: Min. Adhemar Maciel. Brasília, 6 de outubro de 1997.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 417005/SP. Relator: Min. Ruy Rosado de Aguiar. Brasília, 25 de setembro de 2002.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº 502173/RJ. Relator: Min. João Otávio de Noronha. Brasília, 2 de agosto de 2005.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº 736826/RJ. Relator: Min. Herman Benjamin. Brasília, 12 de dezembro de 2006.

DIDIER JUNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de direito processual civil*: direito probatório, decisão judicial, cumprimento e liquidação da sentença e coisa julgada. Salvador: Podivum, 2007. v. 2.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Nova era do processo civil*. 2. ed. rev. atual. e aument. São Paulo: Malheiros, 2007.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Manual do processo de conhecimento*. 5. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil comentado e legislação extravagante*. 10. ed. rev. ampl. e atual. até 1º.10.2007. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.